Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 2 3 4 / 2 0 2 4

(Sección 2.ª)

San Cristóbal de La Laguna, a 9 de mayo de 2024.

Dictamen solicitado por la Sra. Presidenta del Instituto de Atención Social y Sociosanitaria del Cabildo de Gran Canaria en relación con la *Propuesta de Resolución del procedimiento administrativo de declaración de la nulidad de la contratación correspondiente al «servicio público de atención domiciliaria especializada para el apoyo social y comunitario a personas con discapacidad derivada de trastorno mental grave de los Centros del IAS», durante los meses de noviembre y diciembre de 2023, adjudicado a la entidad (...) (EXP. 181/2024 RO)*[*].

F U N D A M E N T O S

I

1. El objeto del presente Dictamen, solicitado por la Presidenta del Instituto de Atención Social y Sociosanitaria del Cabildo Insular de Gran Canaria (IAS), es la Propuesta de Resolución del procedimiento administrativo de declaración de la nulidad de la contratación correspondiente al *«servicio público de atención domiciliaria especializada para el apoyo social y comunitario a personas con discapacidad derivada de trastorno mental grave de los Centros del IAS»*, durante los meses de noviembre y diciembre de 2023, suscrito con la empresa (...), por valor de 37.488,32 euros (facturas 23-207 y 23-218).

2. En cuanto a la legitimación de la Presidenta del IAS, ha de decirse que, si bien, de partida, no figura expresamente prevista entre las personas legitimadas para solicitar el dictamen de este Consejo Consultivo, atendiendo al art. 12.3 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias (LCCC), sin embargo, no es menos cierto que con carácter general nuestra doctrina -expresada, entre otros, en los Dictámenes 201/2005, de 14 de julio, 484/2012, de 18 de octubre, 381/2015, de

[*] **Ponente: Sra. Marrero Sánchez.**

16 de octubre, o 405/2020, de 14 de octubre, emitidos a solicitud de distintos presidentes de entes u organizaciones instrumentales dotadas de personalidad jurídica propia y/o autonomía orgánica y funcional-, ha sido interpretar extensivamente el art. 12.3 LCCC en el sentido de considerar que la autoridad legitimada para solicitar el correspondiente dictamen es la que ostente la representación legal del mismo, cuando se trate de organizaciones con personalidad jurídica propia y funcionamiento autónomo, siempre que su eventual adscripción orgánica no lesione su autonomía funcional.

Por lo que, en el presente caso, no habría objeción para que se solicitara el dictamen por la Presidenta del IAS, en tanto que tiene conferida la representación legal de dicho organismo, en virtud de lo establecido en los Estatutos del Consorcio [art. 13.a) de los Estatutos del IAS].

3. La preceptividad del dictamen y la competencia del Consejo Consultivo de Canarias para emitirlo resultan de lo previsto en los arts. 11.1.D.b) y 12.3 LCCC, en relación con el art. 41 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (LCSP) precepto que es de aplicación toda vez que la contratación que se pretende declarar nula fue iniciada con posterioridad a su entrada en vigor.

También es de aplicación, subsidiariamente, de acuerdo con lo establecido en la Disposición final cuarta, apartado 1 LCSP, la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP), porque el presente procedimiento se inició con posterioridad a su entrada en vigor.

Asimismo, resulta aplicable, en lo que no se oponga a la LCSP (Disposición derogatoria LCSP), el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, también de carácter básico.

4. En este procedimiento se ha otorgado preceptivo trámite de vista y audiencia a la empresa contratista, quien presentó escrito de alegaciones con fecha 14 de marzo de 2024.

Este Consejo Consultivo en su Dictamen 72/2023, de 1 de marzo, seguido, entre otros, por los Dictámenes 170/2023, de 20 de abril, 318/2023, de 20 de julio, 386/2023, de 5 de octubre, 412/2023, de 19 de octubre, 452/2023, de 7 de noviembre y 533/2023, de 21 de diciembre, ha considerado que el dictamen debe ser

preceptivo haya o no oposición del contratista, en los casos de ausencia de actos administrativos preparatorios o de adjudicación del contrato, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 106.1 LPACAP, por remisión del art. 41 LCSP.

Asimismo, de conformidad con lo previsto en el art. 106.1 LPACAP, es preciso que el dictamen sea favorable a la declaración pretendida, no pudiéndose acordar la nulidad del acto si el dictamen no lo considera así.

5. La regulación del correspondiente procedimiento de revisión de oficio se contiene en la LPACAP, puesto que el art. 41.1 LCSP, en relación con la revisión de oficio de los actos preparatorios y de adjudicación de los contratos de las Administraciones Públicas viciados de nulidad, remite a la regulación que del correspondiente procedimiento de revisión de oficio se contiene en la LPACAP. Esta remisión normativa efectuada por el art. 41.1 LCSP a la legislación estatal en materia de procedimiento administrativo común, nos conduce a la aplicación de los arts. 106 a 111 LPACAP.

El art. 106.1 LPACAP contempla la revisión de oficio de los actos administrativos nulos; permitiendo a las Administraciones Públicas, en cualquier momento, por iniciativa propia o a solicitud de interesado, previo dictamen favorable del órgano consultivo autonómico, declarar de oficio la nulidad de los actos administrativos que hayan puesto fin a la vía administrativa o que no hayan sido recurridos en plazo, en los supuestos previstos en el art. 47.1 LPACAP.

Este artículo no contempla un procedimiento específico para la tramitación de los expedientes de declaración de nulidad, por lo que se entienden aplicables las normas recogidas en el Título IV de la LPACAP («*De las disposiciones sobre el procedimiento administrativo común*»), con la especialidad exigida por el art. 106, que establece como preceptivo el previo dictamen favorable del órgano consultivo que corresponda.

6. En cuanto a la competencia para resolver el presente procedimiento le corresponde al órgano de contratación, en virtud de lo previsto en el art. 41.3 LCSP, que en este caso es la Presidenta del IAS. En este sentido, en el Informe-Propuesta de Resolución, se señala que *«El inciso 4º del artículo 41 de la LCSP señala que "salvo determinación expresa en contrario, la competencia para declarar la nulidad o la lesividad se entenderá delegada conjuntamente con la competencia para contratar. No obstante, la facultad de acordar una indemnización por perjuicios en caso de nulidad no será susceptible de delegación, debiendo resolver sobre la misma, en todo caso, el órgano delegante; a estos*

efectos, si se estimase pertinente reconocer una indemnización, se elevará el expediente al órgano delegante, el cual, sin necesidad de avocación previa y expresa, resolverá lo procedente sobre la declaración de nulidad conforme a lo previsto en la LPACAP".

Conforme al acuerdo del Consejo Rector en su sesión extraordinaria celebrada el día 31 de julio del 2023, se aprueba la delegación de facultades en la Presidencia del IAS como órgano de contratación competente para este procedimiento».

7. En el citado Informe-Propuesta de Resolución se considera que procede la declaración de nulidad de pleno derecho del contrato que se somete a dictamen, afirmando al respecto que «*Con fecha 11 de marzo del 2024, la Presidencia del IAS dictó Resolución n.º 2024- 0359 por la que se INICIA expediente de revisión de oficio para la declaración de nulidad de la contratación verbal del SERVICIO PÚBLICO DE ATENCIÓN DOMICILIARIA ESPECIALIZADA PARA EL APOYO SOCIAL Y COMUNITARIO A PERSONAS CON DISCAPACIDAD DERIVADA DE TRASTORNO MENTAL GRAVE DE LOS CENTROS DEL IAS" Exp. P.A. 27/17, a partir del 1 de noviembre del 2023 por concurrir, en la referida contratación, la causa de nulidad establecida en el artículo 47.1 e) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante LPACAP) y, en base al informe del Servicio de Contratación que con fecha 8 de marzo del 2024, detalla las circunstancias en las que se produce dicha contratación*».

8. A su vez, el art. 41.1 LCSP, en relación con la revisión de oficio de los actos preparatorios y de adjudicación de los contratos de las Administraciones Públicas viciados de nulidad, remite a la regulación que del correspondiente procedimiento de revisión de oficio se contiene en la LPACAP, especialmente en su art. 106.5 LPACAP, al disponer que, cuando estos procedimientos se hubieran iniciado de oficio, como es el caso en el que se inició la tramitación a través del Decreto de la Presidencia 2024/0359, de 11 de marzo, el transcurso del plazo de seis meses desde su inicio sin dictarse resolución producirá su caducidad, plazo que se cumpliría el 11 de septiembre de 2024.

II

1. En cuanto a los antecedentes de hecho constan adecuadamente expuestos en el informe de reparo suspensivo, emitido el 4 de marzo de 2024 por la Intervención General, que además resultan corroborados por el resto de documentación incorporada al expediente, siendo los siguientes:

«Primero.- Con fecha 1 de marzo del 2018 se adjudicó a la empresa (...) el contrato de gestión del servicio público de atención domiciliaria especializada para el apoyo social y comunitario a personas con discapacidad derivada de trastorno mental grave de los centros

del IAS, por un importe de 413.400,00 euros incrementados en 12.300,00 euros de IGIC y con una duración de 2 años desde el 23 de marzo del 2018.

Segundo.- Mediante acuerdo de las partes se suscribieron prórrogas de dicho contrato, tal y como establecía el pliego de cláusulas administrativas que regía para esta contratación, en la cláusula 21, finalizando el contrato el 22 de marzo del 2022.

Tercero.- Esta intervención ya ha reparado con anterioridad obligaciones reconocidas a favor de la empresa (...) correspondientes al contrato de gestión del servicio público de atención domiciliaria especializada para el apoyo social y comunitario a personas con discapacidad derivada de trastorno mental grave de los centros del IAS, según detallamos en la tabla más abajo, siendo los reparos levantados con los números y fechas que figuran en dicha tabla.

(...)

Asimismo, esta intervención ha hecho reparos de obligaciones reconocidas a favor de dicha empresa correspondientes al citado contrato, cuyo levantamiento se ha realizado mediante la declaración de nulidad de pleno de derecho de las facturas objeto de reparo, siendo los reparos efectuados y las declaraciones de nulidad efectuadas por la Presidenta del IAS las contenidas en la siguiente tabla:

(...)

Por tanto, las facturas que ahora se reparan, que corresponden a la gestión del servicio público de atención domiciliaria especializada para el apoyo social y comunitario a personas con discapacidad derivada de trastorno mental grave de los centros del IAS, correspondientes a los meses de noviembre y diciembre del 2023, carecen de cobertura legal para proceder a su pago.

Así las cosas, tenemos que la gestión del servicio por la misma empresa no podía sobrepasar el 22 de marzo del 2022, por lo que cualquier prórroga más allá del periodo máximo de 4 años es contraria a Derecho, puesto que la ampliación del plazo de ejecución del contrato superior a dicha fecha excede del tiempo máximo permitido por la norma, debiendo haberse previsto con la debida anticipación la expiración del plazo máximo del contrato y, por tanto, haberse adjudicado la nueva licitación, de acuerdo con el TRLCSP.

En consecuencia, esta intervención informa desfavorablemente el reconocimiento de obligaciones a favor de la empresa (...) cuyo importe total es de 37.488,32 euros, por la gestión del servicio público de atención domiciliaria especializada para el apoyo social y comunitario a personas con discapacidad derivada de trastorno mental grave de los centros del IAS, correspondientes a los meses de noviembre y diciembre del 2023, debido a las razones señaladas anteriormente, que se refieren a la inadecuación del procedimiento seguido en su contratación, por ello, se formula reparo suspensivo, basado en lo establecido

en el artículo 216.2 c) del Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo (en adelante TRLHL) (...) ».

2. En cuanto a la tramitación del presente expediente de revisión de oficio, se inició a través de del Decreto de la Presidencia 2024/0359, de 11 de marzo.

Se le otorgó el trámite de vista y audiencia a la empresa contratista, siéndole notificado el día 14 de marzo de 2024, mostrando su conformidad a través de escrito presentado en esa misma fecha.

Se emitió, tras ello, el Informe-Propuesta de Resolución, cuya fecha de emisión se desconoce.

Asimismo, obran en el expediente informe de reparo suspensivo, emitido por la Intervención del IAS con fecha 4 de marzo del 2024; el informe técnico del Servicio Gestor, suscrito por la Unidad Técnica de Evaluación de la Calidad (UTEC), de fecha 6 de marzo del 2024; y el informe de Fiscalización previa, emitido por el Servicio de Intervención del IAS, de fecha 19 de marzo del 2024.

III

1. Este Consejo Consultivo, siguiendo constante y abundante Jurisprudencia del Tribunal Supremo, ha reiterado que la revisión de oficio supone el examen por la Administración de la legalidad de sus propios actos y en razón de los vicios e infracciones legales que le son imputables a los mismos, es decir, que por formar parte de su contenido, formal o sustantivo, le son atribuibles y susceptibles de valoración y corrección por la propia Administración autora del acto en el ejercicio de su potestad de revisión, sin que pueda extenderse al examen de la legalidad de otros actos dictados por otras administraciones no sujetos a revisión (STS 405/2020, de 14 de mayo).

La revisión de oficio implica el ejercicio de una facultad exorbitante por parte de la Administración para expulsar del ordenamiento jurídico actos firmes en vía administrativa que adolecen de vicios especialmente graves, en cuya aplicación se ha de ser riguroso por implicar un conflicto entre dos principios generales del derecho: el principio de legalidad y el principio de seguridad jurídica. De aquí que no cualquier vicio jurídico permita acudir sin más a la revisión de oficio, sino que ésta solo es posible cuando concurra de modo acreditado e indubitado un vicio de nulidad de pleno derecho de los legalmente previstos, cuyos presupuestos no pueden entenderse de manera amplia, sino restrictiva (Dictámenes de este Consejo

302/2018, de 29 de junio y 430/2017, de 14 de noviembre, que reiteran varios pronunciamientos de este Organismo en el mismo sentido).

Por su parte, en nuestro Dictamen 46/2016, de 18 de febrero, afirmábamos que *«no toda infracción del Ordenamiento jurídico conlleva la revisión de oficio, que no está prevista para corregir errores o deficiencias de la Administración, sino para suprimir actos administrativos contaminados con vicios graves determinantes del nacimiento del derecho o facultad (...) ».*

En definitiva, *«la revisión de oficio en principio no es una técnica al servicio de la instrucción de una "causa general" respecto de determinado procedimiento, sino el instrumento que permite anular actos con vicios de orden público, que son los que la ley califica como causas de revisión, debidamente interpretadas en función de las circunstancias del caso, la conducta de los interesados y la actuación de la Administración»* (Dictamen 449/2017, de 5 de diciembre).

2. En el presente caso, en el Informe-Propuesta de Resolución se afirma acerca de la causa de nulidad en la que se entiende incurre la referida contratación que «*Con fecha 11 de marzo del 2024, la Presidencia del IAS dictó Resolución n.º 2024- 0359 por la que se INICIA expediente de revisión de oficio para la declaración de nulidad de la contratación verbal del SERVICIO PÚBLICO DE ATENCIÓN DOMICILIARIA ESPECIALIZADA PARA EL APOYO SOCIAL Y COMUNITARIO A PERSONAS CON DISCAPACIDAD DERIVADA DE TRASTORNO MENTAL GRAVE DE LOS CENTROS DEL IAS" Exp. P.A. 27/17, a partir del 1 de noviembre del 2023 por concurrir, en la referida contratación, la causa de nulidad establecida en el artículo 47.1 e) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante LPACAP) y, en base al informe del Servicio de Contratación que con fecha 8 de marzo del 2024, detalla las circunstancias en las que se produce dicha contratación*».

Pues bien, en el informe del Servicio de Contratación se afirma que *« (...) Con fecha 1 de marzo del 2018 se adjudicó a la empresa (...) el contrato de SERVICIO PÚBLICO DE ATENCIÓN DOMICILIARIA ESPECIALIZADA PARA EL APOYO SOCIAL Y COMUNITARIO A PERSONAS CON DISCAPACIDAD DERIVADA DE TRASTORNO MENTAL GRAVE DE LOS CENTROS DEL IAS" Exp. P.A. 27/17 por un periodo inicial de 2 años, a contar desde el día 23 de marzo del 2018, prorrogables hasta un máximo de 4 años, por lo que la duración máxima del contrato, periodo primitivo y prórrogas, podría alcanzar hasta el 22 de marzo del 2022.*

SEGUNDO: Con el fin de regularizar este servicio y proceder a su adjudicación, en la forma legalmente prevista, se procedió a iniciar con fecha 23 de mayo del 2023, el expediente para el SERVICIO PÚBLICO DE PROMOCIÓN DE LA AUTONOMÍA PERSONAL PARA

PERSONAS CON TRASTORNO MENTAL GRAVE, Exp. 3235/2023 por procedimiento abierto y tramitación URGENTE, que actualmente se encuentra pendiente de adjudicación.

TERCERO: Con anterioridad, se han venido reconociendo las obligaciones a favor de la empresa (...), mediante el levantamiento de reparo formulado por la Intervención del IAS realizado mediante la declaración de nulidad de pleno de derecho de las facturas objeto de reparo, efectuadas por la Presidenta del IAS, hasta el 31 de octubre del 2023.

CUARTO: Que, constituyendo una prestación de carácter esencial para el normal funcionamiento de los servicios públicos, y por tanto, irrenunciable para el Organismo Autónomo, se solicitó verbalmente al adjudicatario (...), que a partir del 1 de noviembre del 2023, continuara prestando los referidos servicios hasta tanto se culminaran los trámites del procedimiento para la contratación de los servicios y se iniciara la ejecución del nuevo contrato.

QUINTO: Vistas las facturas emitidas por la entidad (...), con CIF:(...) correspondientes a la prestación realizada durante los meses de noviembre y diciembre del 2023, por un importe total de 37.488,32€»

3. En relación con la causa establecida en el art. 47.1.e) LPACAP, este Consejo Consultivo ha manifestado, por ejemplo, en el Dictamen 66/2024, de 1 de febrero (con cita de los Dictámenes 8/2021, de 15 de enero, 489/2021, de 14 de octubre y 161/2020, de 1 de junio), lo siguiente:

«El art. 62.1, e) LRJAP-PAC configura como una causa de nulidad el que los actos sean dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido. Como las causas de nulidad radical o absoluta de los actos administrativos son tasadas, tienen carácter excepcional y han de interpretarse de forma estricta, la jurisprudencia del Tribunal Supremo es especialmente restrictiva en cuanto a la aplicación de esa causa de nulidad, ya que el empleo por la Ley de los dos adverbios "total y absolutamente" impone que los defectos formales necesarios para aplicar esta nulidad radical deben ser de tal dimensión que es preciso que se haya prescindido de modo completo y absoluto del procedimiento, no bastando la omisión de alguno de sus trámites. La omisión de algún trámite se equipara a la omisión total del procedimiento cuando tiene la naturaleza de esencial en los supuestos en que haya causado indefensión material al interesado (para lo cual habrán de tenerse en cuenta, entre otras circunstancias, las consecuencias que sufrió por la omisión del trámite). También se equipara a la omisión total si los trámites incumplidos, de haberse observado, habrían determinado un acto de contenido distinto. Consúltense al respecto las SSTS de 23 febrero de 2016; de 26 enero de 2016; de 24 enero de 2014; de 27 junio de 2012 y de 25 abril de 2002 (...) ».

También hemos señalado en los Dictámenes 84/2014, de 17 de marzo, y 258/2020, de 25 de junio, que *«(L)a interpretación jurisprudencial de este precepto*

considera que se está ante esta causa de nulidad no sólo cuando el acto se dicta prescindiendo de todo procedimiento, sino también cuando se dicta a través de un procedimiento que no es el previsto legalmente; o cuando, aun siguiendo el procedimiento debido, se omiten trámites esenciales de éste que causan indefensión absoluta a los interesados». Véanse por todas las SSTS de 25 de abril de 2002 y de 27 de junio de 2012.

4. En el supuesto que nos ocupa, los antecedentes del presente procedimiento, expuestos anteriormente, evidencian que con fecha 1 de marzo de 2018 se adjudicó a la empresa (...) el referido contrato, por un periodo inicial de 2 años, a contar desde el día 23 de marzo de 2018, prorrogable hasta un máximo de 4 años, por lo que la duración máxima del contrato, periodo primitivo y prórrogas, podría alcanzar hasta el 22 de marzo de 2022, sin embargo, una vez llegada esta fecha se continuó prestando el mencionado servicio de manera habitual sin cobertura contractual.

Así pues, en el presente caso, en el periodo a que se contrae el presente expediente -noviembre y diciembre de 2023- se ha continuado prestando el servicio -a petición de la Administración- una vez finalizada la duración del contrato, prorrogándose tácitamente el mismo, cuando tal prórroga se encuentra proscrita por el art. 29.2 LCSP, por lo que la contratación de los referidos servicios durante los meses de noviembre y diciembre de 2023 es nula conforme a lo previsto en los arts. 39.1 LCSP y 47.1.e) LPACAP, incumpliéndose de forma palmaria y evidente la normativa y principios de la LCSP sobre licitación y adjudicación de contratos.

5. Con base en lo expuesto, procede afirmar que en el presente caso existe una prórroga tácita del contrato de servicios que no permitía el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP). Por todo ello, a la vista de esta circunstancia, se ha de concluir que durante los meses de noviembre y diciembre de 2023 se han venido ejecutando las prestaciones propias del contrato mencionado sin que se hayan seguido los trámites exigidos legalmente, por lo que tal contratación es nula conforme a lo previsto en los arts. 39.1 LCSP y 47.1.e) LPACAP.

Como razonábamos en nuestro Dictamen 555/2021, de 18 de noviembre, citando a su vez otro similar -el Dictamen 483/2021, de 14 de octubre- procede señalar, de idéntica manera, en este caso que, aplicando los razonamientos jurídicos que se han expuesto en las líneas precedentes al supuesto de hecho analizado, se ha de concluir que la actuación administrativa incurre de forma clara, manifiesta y ostensible en la causa de nulidad establecida en el art. 47.1, apartado e) LPACAP, toda vez que se ha

procedido a recibir la prestación del servicio sin la previa tramitación del oportuno procedimiento de contratación a tal efecto.

Además, tal infracción del Ordenamiento Jurídico no puede ser imputable al tercero que ha realizado la prestación sino únicamente a la Administración, por lo que, en suma, la Propuesta de Resolución se considera ajustada a Derecho.

6. En relación a los efectos económicos de la anulación de la contratación, de la documentación obrante en el expediente se pone de manifiesto que el inicio del presente expediente de revisión de oficio está motivado por la prestación del servicio referido y no haberse realizado la correspondiente contratación.

Como se ha señalado en múltiples ocasiones por este Consejo Consultivo, en lo que se refiere al momento procedimental en el que procede efectuar el cálculo de la liquidación del contrato, cabe recordar que el art. 42.1 LCSP establece que aquella fase se producirá una vez firme la resolución por la que se acuerde la revisión de oficio (a través del oportuno expediente contradictorio).

Sin embargo, como ya ha indicado el propio Consejo de Estado en su Dictamen 1724/2011, de 21 de diciembre (y este Consejo Consultivo de Canarias -Dictamen 220/2013, de 19 de junio-), « *(...) nada impide, por economía procesal, acumular la declaración de nulidad a la compensación o indemnización que obviamente debe estimarse y aplicarse según los propios criterios ahora descritos en el artículo 35.1 de la Ley de Contratos (...), para tramitar simultáneamente el procedimiento de revisión de oficio de la adjudicación del contrato por ser nula de pleno derecho con la compensación por los trabajos realizados prevista en ese mismo artículo para el supuesto de nulidad de pleno derecho de la misma*».

De esta manera, resulta posible resolver de forma conjunta sobre la nulidad del acto de contratación afectado y sobre la liquidación y, en su caso, indemnización que proceda (art. 42.1 LCSP).

En el presente caso la reparación integral del daño al contratista coincide con la totalidad del importe de las facturas en su momento presentadas, lo que incluye la totalidad del precio del contrato efectivamente ejecutado. En este sentido, como manifestamos en el citado Dictamen 318/2023, de 20 de julio, y en el Dictamen 386/2023, de 5 de octubre, la finalidad del procedimiento indemnizatorio es la reparación integral del daño causado de forma que los interesados vuelvan a la misma situación patrimonial que tenían antes del acaecimiento del hecho lesivo, sin

que haya enriquecimiento injusto para ninguna de las partes, tal y como detallamos extensamente en el citado Dictamen 318/2023 de 20 de julio.

7. De todo lo expuesto cabe concluir que en los supuestos, como en el presente caso, en que el servicio se ha prestado a satisfacción de la Administración, interviniendo la buena fe de la contratista, aun concurriendo causa de nulidad al haberse dictado los actos preparatorios del contrato de servicio que nos ocupa, prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido, tal como prevé el art. 47.1.e) LPACAP, en relación con el art. 39.1 LCSP, se debe indemnizar a la contratista en idéntica cuantía al valor de los servicios prestados, por lo que hay que concluir que la Propuesta de Resolución es conforme a Derecho en ese punto.

8. Resta por abordar la cuestión relativa a las consecuencias derivadas de la prestación del servicio con posterioridad al 31 de diciembre de 2023, y que se traducen en las facturas que, con origen en el presente contrato cuya nulidad se dictamina, se hayan podido emitir o, se emitirán, con posterioridad a dicha fecha.

Al respecto, procede recordar lo señalado en nuestro Dictamen 452/2023 de 7 de noviembre:

« (...) Esta cuestión ya ha sido resuelta por el Consejo Consultivo de Asturias, en su Dictamen 15/2020, de 23 enero, en el que razona lo siguiente:

«En el reiterado Dictamen Núm. 265/2019, remitido a la misma autoridad consultante en relación con la prórroga y modificación del mismo contrato de prestación del servicio de ayuda a domicilio en otro periodo, apreciamos que "la imposibilidad de proceder a la modificación, por el exceso producido en el precio del contrato inicialmente fijado, determinaba la procedencia de resolver el contrato y proceder a una nueva licitación. Y si bien concurre vicio de nulidad por omisión del procedimiento relativo tanto a una nueva licitación como en la prórroga que de facto se produce, no podemos obviar que al tiempo de esta última el contrato ya estaba viciado de nulidad radical. En suma, el hecho determinante de la nulidad es aquí la omisión de la nueva licitación al tiempo del modificado, suplida por la realización de una `modificación tácita´ cuando lo que procedía abrir era una nueva licitación, y ese vicio comporta la nulidad del contrato desde ese mismo momento, lo que afecta también a los postreros 20 días en los que el servicio se presta careciendo además de amparo en los plazos contractuales". Según exponíamos entonces, "con arreglo a la cláusula 32 del pliego (...), la superación de los límites establecidos en el mismo obligaba a la resolución del contrato en vigor y al inicio de un nuevo procedimiento de licitación, de conformidad con la LCSP ya vigente en el mes de noviembre de 2018. Tal prescripción fue

desatendida en favor de la continuidad de la prestación con arreglo a unas nuevas condiciones; situación que implicó, en definitiva, tanto la vulneración del citado artículo 108 del TRLCSP como del artículo 37.1 de la LCSP, en cuanto que proscribe la contratación verbal, así como de los demás preceptos de esta Ley que someten a un determinado procedimiento la adjudicación de servicios en función de su cuantía". Tal razonamiento ha de extenderse, por lógica, también a la prestación del servicio con posterioridad al 1 de enero de 2019, situación idéntica a la producida en el periodo comprendido entre el 11 y el 31 de diciembre de 2018, lo que nos obliga a remitirnos a las consideraciones efectuadas en el referido dictamen sobre la causa de nulidad apreciada, que acabamos de transcribir. Ahora bien, no puede obviarse que la adjudicación directa, tácita o verbal, del servicio por el periodo mencionado ya fue anulada por Resolución de la Alcaldía de 12 de diciembre de 2019, trasladada a este Consejo tras la emisión del Dictamen Núm. 265/2019, en la que se declara la nulidad de "los actos administrativos de modificación y prórroga del contrato administrativo de servicios de ayuda a domicilio (...), en tanto la prórroga comprendida entre el 11 y el 31 de diciembre de 2018 no ha sido objeto de tramitación, ni la misma era posible, y por cuanto el importe de adjudicación y prórroga ha sido modificado en un 21,78 %, porcentaje superior al que posibilita la realización de un modificado, no habiéndose procedido a la licitación del nuevo procedimiento de adjudicación que, a la vista de ello, hubiera resultado necesario". Siendo así, esto es, predicada esa nulidad de la decisión administrativa que dota de cobertura a la prestación continuada del servicio -y no de unas determinadas facturas, que ni siquiera tienen naturaleza de acto administrativo-, no se aprecia ninguna decisión posterior diferenciada o distinta, expresa o tácita, con relación a las nuevas facturas (por el periodo transcurrido entre 1 de enero y 31 de mayo de 2019), de modo que la nulidad carece ahora de objeto y la invalidez de las últimas facturas no es sino consecuencia material de la nulidad ya declarada el 12 de diciembre de 2019. En efecto, aunque aparentemente la nulidad se predica de "la prórroga comprendida entre el 11 y el 31 de diciembre de 2018", consta que la voluntad de prorrogar el contrato se extendía mientras se llevaba a cabo "una nueva licitación", y que con fecha 13 de diciembre de 2018 se inició el nuevo procedimiento de licitación, por lo que debe entenderse que el acto tácito de prórroga se adoptó con ese horizonte temporal -en tanto se incorporaba un nuevo adjudicatario-, sin que pueda concebirse que aquella decisión tácita de prorrogar la continuidad del servicio se limitara únicamente hasta al 31 de diciembre de 2018 y excluyera los meses sucesivos cuando es manifiesto que la nueva adjudicación no se resolvería en tan corto lapso (y ni siquiera en una fecha cierta). Hallándonos ante una prestación continuada, de tracto sucesivo, en la que tampoco se exterioriza, con posterioridad a aquella decisión tácita ya anulada, ningún otro acto administrativo de cobertura, es forzoso concluir que el contrato verbal a cuyo amparo se emiten las nuevas facturas es el ya anulado por Resolución de la Alcaldía de 12 de diciembre de 2019.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 42.1 de la LCSP, "La declaración de nulidad de los actos preparatorios del contrato o de la adjudicación, cuando sea firme,

llevará en todo caso consigo la del mismo contrato". Por tanto, de la nulidad de los actos de contratación identificados en la Resolución de la Alcaldía del Ayuntamiento de Tineo de 12 de diciembre de 2019 resulta la consecuente nulidad de la contratación bajo cuya vigencia se prestaron los servicios que dieron lugar a las facturas que ahora se someten a nuestra consideración. En cuanto a los efectos de la declaración de nulidad de los actos de contratación cuestionados -que, se insiste, se declaró ya por Resolución de la Alcaldía del Ayuntamiento de Tineo de 12 de diciembre de 2019 tras haberse sometido a nuestra consideración-, con relación ahora a las facturas a las que se refiere este procedimiento concreto ha de estarse a lo señalado en el Dictamen Núm. 265/2019 y en la propia resolución de anulación, esto es, a lo dispuesto en el artículo 42.1 de la LCSP; regulación que constituye el cauce legal específico para garantizar los derechos de quien hubiera prestado servicios a la Administración en unas condiciones como las examinadas. Este artículo prescribe que la "declaración de nulidad de los actos preparatorios del contrato o de la adjudicación, cuando sea firme, llevará en todo caso consigo la del mismo contrato, que entrará en fase de liquidación, debiendo restituirse las partes recíprocamente las cosas que hubiesen recibido en virtud del mismo y si esto no fuese posible se devolverá su valor. La parte que resulte culpable deberá indemnizar a la contraria de los daños y perjuicios que haya sufrido". Todo ello sin perjuicio de las responsabilidades que, vinculadas a esta práctica irregular de contratación pública, pudieran derivarse para el personal al servicio de las Administraciones públicas (disposición adicional vigésima octava de la LCSP)». Conforme a la doctrina transcrita, que comparte este Consejo Consultivo, la declaración de nulidad de la decisión administrativa que dota de cobertura a la prestación continuada del servicio, al no apreciarse ninguna decisión posterior diferenciada o distinta, expresa o tácita, con relación a las nuevas facturas (por el periodo transcurrido desde el 31 de mayo de 2023 hasta que se dote de cobertura contractual a la prestación), determina que las ulteriores solicitudes de nulidad carezcan de objeto y la invalidez de las subsiguientes facturas no sean sino consecuencia material de la nulidad ya dictaminada en el presente Dictamen.

Y ello, por cuanto, aunque aparentemente la nulidad se predica de «la prórroga comprendida entre el 11 de abril y el 31 de mayo de 2023», consta en el expediente administrativo que la voluntad de prorrogar el contrato se extendía mientras se llevaba a cabo «una nueva licitación», iniciándose en el mes de mayo de 2022 el nuevo procedimiento de licitación. Por lo que debe entenderse que el acto tácito de prórroga se adoptó en tanto se incorporaba un nuevo adjudicatario, sin que pueda concebirse que aquella decisión tácita de prorrogar la continuidad del servicio se limitara únicamente hasta al 31 de mayo de 2023 y excluyera los meses sucesivos, toda vez que es manifiesto que la nueva adjudicación no se resolvería en tan corto lapso (y ni siquiera en una fecha cierta), máxime cuando consta en el informe del Servicio de Educación que a fecha 14 de junio de 2023 «el expediente del contrato 350/22-s está siendo valorado por la mesa de contratación».

Por tanto, tal como señala el Consejo Consultivo de Asturias, hallándonos ante una prestación continuada, de tracto sucesivo, en la que no se exterioriza, con posterioridad a aquella decisión tácita ya anulada, ningún otro acto administrativo de cobertura, es forzoso concluir que el contrato verbal a cuyo amparo se emiten las nuevas facturas es el que constituye el objeto del presente Dictamen, por lo que no procederá dictaminar sobre las mismas al quedar afectadas por la nulidad ya dictaminada».

Esta doctrina, por tanto, resulta de aplicación a las posibles nuevas prórrogas sucesivas del mismo contrato y consiguientes facturas posteriores al 31 de diciembre de 2023, que quedan afectadas por la nulidad ya dictaminada.

9. Por último, en cuanto a la habitualidad con que se realizan fragmentaciones de procedimientos de revisión de oficio, ha de recordarse lo razonado por este Consejo Consultivo en el reiterado Dictamen 452/2023, de 7 de noviembre:

«De otro lado, cabe insistir una vez más en que la reiteración de la fragmentación de procedimientos de revisión de oficio por periodos de facturación, de una misma prórroga contractual que se mantiene en el tiempo, contraviniendo los principios de racionalización y agilidad de los procedimientos administrativos, eficacia, economía y eficiencia contenidos en el art. 3.1 d), h), i) y j) de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP), por cuanto ello obliga a sucesivos procedimientos de revisión de oficio, puede suponer, en su caso, un abuso de derecho o fraude de ley, que puede operar como un límite a la revisión de oficio del art. 110 LPACAP, tal y como hemos apreciado en algunas ocasiones, como manifestamos en el Dictamen 318/2023, de 20 de abril, con cita de los dictámenes 158/2023, de 18 de abril, 80, 81 y 82/2020, de 3 de marzo, así como en los Dictámenes 386/2023, de 5 de octubre y 412/2023, de 19 de octubre, a los cuales nos remitimos para evitar reiteraciones.

Este Consejo Consultivo dictamina, entre otras cuestiones y conforme a su Ley reguladora, revisiones de oficio de actos preparatorios y de adjudicación de contratos, por lo que la fragmentación y multiplicación de procedimientos de revisión de oficio por periodos de facturación de un mismo contrato, con el fin de pagar «facturas» (nótese que cada procedimiento en sus antecedentes surge por la existencia de una determinada «factura»), además de contravenir los principios ya citados de la LRJSP, vulnera la finalidad de la revisión de oficio en los estrictos términos en que esta ha de interpretarse, así como la naturaleza de este Órgano Consultivo, tratando de implicarlo ilegítimamente en la gestión económica financiera diaria de la Administración solicitante.

Además, este Consejo Consultivo no puede sino reiterar la necesidad de que las Administraciones públicas respeten los principios de publicidad y concurrencia que fundamentan la regulación de los contratos administrativos, erradicando las prácticas que los vulneran. Este tipo de irregularidades, frecuentemente provocadas por graves faltas de diligencia en la gestión de los expedientes de contratación, originan situaciones de hecho en

la prestación de los servicios cuya compensación luego, a su vez, genera distorsiones y tensiones sobre otras vías a fin de permitir los correspondientes pagos cuando, en puridad, deberían haberse canalizado en el marco de la relación contractual. Todo ello, sin perjuicio de las eventuales responsabilidades de orden administrativo o incluso penal en que pudieran incurrir las correspondientes autoridades o personal al servicio de las Administraciones públicas».

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución por la que se declara la nulidad de la contratación correspondiente al *«servicio público de atención domiciliaria especializada para el apoyo social y comunitario a personas con discapacidad derivada de trastorno mental grave de los Centros del IAS»,* durante los meses de noviembre y diciembre de 2023, se considera conforme a Derecho, dictaminándose favorablemente, en virtud de los razonamientos expuestos en el Fundamento III del presente Dictamen.